Offres anormalement basses : des précisions sur une détection anormalement complexe

- **La détection des offres anormalement basses demeure un exercice complexe en raison notamment de l'absence de définition opérante de cette notion.**
- **La méthode d'identification de ces offres a été précisée par deux récentes décisions : s'il doit nécessairement être procédé à une analyse globale de l'offre en litige, et non uniquement à une analyse de ses postes de prix, ces deux méthodes d'identification peuvent toutefois utilement se compléter.**

Auteurs

Vincent Michelin et Christophe Cabanes,
avocats à la Cour, SELARL Cabanes-Neveu

Références

– TA Lyon, 8 mars 2012, Sté Arnaud Démolition, req. n°0907450
– TA Marseille, 13 mars 2012, Sté Pirelli & C. Eco technology, req. n°1005468

Mots clés

Analyse globale • Erreur manifeste d'appréciation • Faisceau d'indices • Postes de prix • Prix •

POUR ALLER PLUS LOIN

Texte *avec* de l'italique…

Extrait

Titre de l'extrait
Texte de l'extrait…

Les offres anormalement basses sont depuis longtemps au cœur des préoccupations des acteurs publics et privés, notamment dans les secteurs d'activité fortement concurrentiels. Toutefois le sujet a pris une dimension particulière depuis quelques années : la dégradation de la conjoncture économique et les perspectives durables d'une croissance atone incitent en effet les entreprises, pour conserver leurs parts de marché, à diminuer sensiblement leur marge voire, pour certaines d'entre elles, à proposer des offres de prix structurellement déficitaires pour s'assurer l'obtention de marchés publics. Phénomène autrefois résiduel, la présentation d'offres anormalement basses tend désormais à se multiplier, ce qui n'est pas sans poser un certain nombre de difficultés pour les acheteurs publics car le sujet est, aujourd'hui encore, entouré d'un halo d'incertitudes : le pouvoir adjudicateur est-il réellement tenu d'écarter une offre suspectée d'être anormalement basse ? L'absence de mise en œuvre de la procédure contradictoire de l'article 55 du code des marchés pourrait-elle être considérée comme une irrégularité, sanctionnée comme telle, nonobstant l'absence d'offre finalement déclarée anormalement basse ? Sur le fondement de quels critères, l'acheteur public peut-il identifier, en toute sécurité juridique, une offre anormalement basse ? Ces questions ne sont pas nouvelles[1] et s'expliquent, peut-être avant tout, par l'absence de définition claire dans le code des marchés publics de la notion d'offre anormalement basse. Deux récentes décisions des tribunaux administratifs de Lyon et Marseille, rendues à l'occasion de contentieux en contestation de la validité de marchés publics, viennent préciser les modalités d'identification d'une offre anormalement basse.

(1) *G. Eckert, « Contrôle juridictionnel des offres anormalement basses », Contrats, marchés publ. n° 10, octobre 2006, comm. 251. Plus récemment, sur les interrogations de la doctrine, voir H. Letellier, « Acheteur public, quelle attitude adopter face au risque d'offres anormalement basses », CP-ACCP, n°110, mai 2011, p. 56.*

I. De la difficulté d'identifier une offre anormalement basse

L'identification (et par suite le contrôle) des offres anormalement basses reste, en l'état actuel du droit, une véritable difficulté pour les acheteurs publics et le juge administratif.

A) Utilisation d'un faisceau d'indices

Rappelons tout d'abord qu'une offre « peut être qualifiée d'anormalement basse si son prix ne correspond pas à une réalité économique. Une telle offre est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base »[2]. En la matière, le juge administratif exerce un contrôle limité à l'erreur manifeste d'appréciation[3], ce qui paraît légitime compte tenu de la difficulté qu'il peut y avoir à différencier une offre particulièrement compétitive d'une offre effectivement anormalement basse.

Exercice complexe car subjectif qui doit être mené aux termes d'une procédure contradictoire[4], la caractérisation d'une offre anormalement basse ne semble pouvoir s'effectuer, en l'état actuel du droit, que sur la base d'un faisceau d'indices. Ces indices peuvent être de plusieurs ordres :

– l'écart moyen des prix constatés par rapport aux offres des candidats concurrents[5] ;

– l'écart entre l'offre de prix et l'estimation prévisionnelle de la collectivité[6], pour autant que cette dernière soit sincère et présente un caractère réaliste[7] ;

– la comparaison avec les prix habituellement pratiqués dans le secteur d'activité[8] ;

– la comparaison avec les prix habituellement pratiqués par l'auteur de l'offre lui-même[9] ;

– l'analyse d'éléments intrinsèques de l'offre, et notamment la démonstration de ce que celle-ci est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base[10].

B) Insuffisance du faisceau d'indices

Mais pris isolément, certains de ces indices peuvent ne pas suffire à qualifier une offre d'anormalement basse, notamment devant le juge des référés précontractuels qui, à la différence du juge du fond, ne peut rentrer dans l'analyse des mérites respectifs des offres[11]. C'est ainsi que le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a pu retenir que :

> « Le caractère anormalement bas d'une offre ne saurait être établi devant le juge des référés par la simple comparaison entre le montant d'une offre et celui des autres offres ou du prix pratiqué lors du précédent marché, le moyen de la société Chenil Service ne peut qu'être rejeté. »[12]

De même le fait que le prix proposé soit inférieur de moitié à celui des offres concurrentes[13] ou de plus de la moitié aux prévisions du pouvoir adjudicateur[14] ne suffit pas, en lui-même, à emporter la qualification de prix anormalement bas. Quant au juge du fond, il a pu retenir qu'un écart de 10 % avec l'offre de la société attributaire[15] et de 15 % avec l'estimation prévisionnelle de l'administration[16] ne saurait révéler l'existence d'une offre anormalement basse. Par ailleurs, il faut constater que le juge administratif manifeste de grandes réticences à prendre lui-même l'initiative de retenir cette qualification. Elles se sont exprimées par exemple à l'occasion d'une décision récente[17] par laquelle le tribunal administratif de Paris a retenu pour une offre dont le prix était 80 % inférieurs à celui des offres concurrentes, une qualification originale d'offre « atypique » plutôt qu'anormalement basse au sens des dispositions de l'article 55 du code des marchés publics.

On perçoit ici facilement les difficultés d'appréciation importantes auxquelles les acheteurs publics peuvent être confrontés.

C) Analyse globale de l'offre

Ajoutons que ces difficultés sont renforcées par le fait que la qualification d'offre anormalement basse ne peut, en principe, s'opérer que par le biais d'une analyse globale de l'offre, et non par une analyse par postes de prix. En ce sens, une décision du Tribunal administratif de Versailles retient qu'une offre ne peut être écartée au seul motif que le prix proposé sur l'un de ses postes serait inférieur à son coût de revient ou à l'évaluation administrative[18].

Cette solution a été confirmée par le tribunal administratif de Marseille qui retient également que le caractère anormalement

---

(2) Circulaire du 14 février 2012 (NOR : EFIM1201512C) relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics.

(3) CE 29 janvier 2003, Dpt d'Ille-et-Vilaine, req. n°208096 — (pour le juge des référés) TA Lyon 18 mai 2009, Sté ISOBASE, req. n°0902570 — TA Paris 24 juillet 2009, Sté ISOTHERMA, req. n°0911073 – (pour le juge du fond) TA Orléans 26 juin 2009, SA CARS, BOSCHERS, req. n°0803558-5.

(4) Rappelons qu'après avoir identifié une offre susceptible d'être anormalement basse, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de demander des explications à son auteur et d'en apprécier la pertinence afin de prendre une décision d'admission ou de rejet. Cette procédure contradictoire ne relève pas d'une simple faculté, mais constitue une obligation. Voir sur cette question F. Llorens, « Offres anormalement basses : mode d'emploi du dispositif de l'article 55 du code des marchés publics », Contrats marchés publ. *n° 5, mai 2011, comm. 143. Pour une confirmation de cette règle, voir également CJUE 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10. Pour une décision récente qui sanctionne l'absence de débat contradictoire effectif en l'absence d'information du candidat de la suspicion du caractère anormalement bas de son offre, voir TA Lyon 27 octobre 2011, Sté IDEX, req. n°117618/6.*

(5) CAA Marseille 12 juin 2006, SARL Stand Azur, req. n°03MA02139 : une offre inférieure de 40% aux autres propositions des candidats a été considérée comme anormalement basse — TA Paris 24 juillet 2009, Sté ISOTHERMA, req. n° 0911073, qui retient également le caractère anormalement basse d'une offre inférieure de 21% à l'offre de la société attributaire.

(6) TA Paris 24 juillet 2009, op. cit. , qui retient le caractère anormalement d'une offre inférieure de 21% à l'offre de la société attributaire.

(7) TA Lille 19 mai 2011, Sté Coved, req. n°1102497.

(8) TA Cergy-Pontoise 18 février 2011, SCP Claisse et Associés, req. n°1100716.

(9) Ibid.

(10) CE 29 janvier 2003, Dpt d'Ille-et-Vilaine, req. n°208096 — Plus récemment : TA Lille 25 janvier 2011, Sté Nouvelle SAEE, req. n°0800408 : « Une offre anormalement basse est de nature à compromettre la bonne exécution du marché conclu sur sa base. »

(11) CE 16 novembre 2009, Région Réunion, req. n°307620.

(12) TA Lyon ord. 2 avril 2010, Sté de distribution d'eau intercommunale, req. n°1001591.

(13) TA Dijon ord. 16 avril 2010, Asso. Trivalny, req. n°1000775.

(14) TA Versailles ord. 18 novembre 2008, Sté EGS et SPELCO, req. n°0810317 — TA Marseille 1er avril 2010, Sté Alpha Service : Contrats marchés publ., *2010, n°251.*

(15) CAA Lyon 27 décembre 2001, SA Yves Poncet, req. n°96LY01123.

(16) CAA Bordeaux 22 juin 2010, Synd. intercommunal de la Région souterraine : Mon. TP, *5 novembre 2010, p. 5.*

(17) TA Paris 14 mai 2010, Sté SEGAT c/SEDIF, req. n°1007774.

(18) TA Versailles, 18 novembre 2008, prec. : « Pour l'application de l'article 55 du code des marchés publics, dès lors que le marché était constitué d'un lot unique, le pouvoir adjudicateur devait procéder à l'examen de l'offre dans son ensemble et non pas comme il l'a fait, par poste du marché ; que par suite, en rejetant l'offre des sociétés ESG et SPELCO au seul motif que leur proposition pour le poste n° 7 était anormalement basse, le ministre de la Défense a manqué à ses obligations de mise en concurrence. » Voir sur cette décision, le commentaire de P. Ress, Contrats marchés publ. *n° 2, février 2009, comm. 38 : « Le pouvoir adjudicateur doit procéder à l'examen de l'offre dans son ensemble et non par poste de prix. L'article 55 ne mentionne pas expressément cette règle, mais elle s'impose à l'évidence. Le rejet de l'offre des requérantes était ainsi entaché d'une erreur de droit. »*

bas de l'offre doit être apprécié au regard de l'ensemble de ses éléments et non pas d'une partie d'entre eux seulement, et cela quand bien même les prix sur lesquels ont porté les demandes de précision de l'administration représenteraient une part substantielle du marché[19].
C'est dans ce contexte jurisprudentiel complexe que deux décisions, au fond, des tribunaux administratifs de Lyon et Marseille sont venues préciser les modalités d'identification des offres anormalement basses.

II. Les récents apports du juge du fond en matière d'identification des offres anormalement basses

A) Confirmation du recours à l'analyse globale

La première de ces décisions confirme une solution déjà esquissée par la jurisprudence : l'identification d'une offre anormalement basse doit résulter d'une analyse globale de l'offre en litige, et non d'une analyse par postes de prix. L'intérêt particulier de la décision rendue par le Tribunal administratif de Marseille[20] tient toutefois à la nature du poste de prix contesté, qui correspondait à la tranche conditionnelle d'un marché d'équipement en pots catalytiques avec filtres à particules des bus de la régie des transports de Marseille.
La requérante soutenait à cet égard que l'offre de la société attributaire devait être regardée comme anormalement basse en considération du prix proposé par cette dernière au titre de la tranche conditionnelle du marché qui était relative à des prestations de maintenance. Après avoir relevé que le moyen manquait en fait, le Tribunal administratif de Marseille a rappelé que cette circonstance ne saurait, à elle seule, faire regarder l'offre de la société attributaire dans son ensemble comme anormalement basse :

> « Considérant que la société Pirelli& C. Eco Technology S.P.A soutient que l'offre présentée par la société Eminox présente un caractère anormalement bas ; qu'à l'appui de cette allégation, elle fait valoir que le montant total de la tranche conditionnelle de l'offre retenue s'élève à la somme de 242 460 euros HT alors qu'elle a elle-même chiffré cette prestation à 634 732 euros HT et elle produit un nouveau chiffrage du montant de la tranche conditionnelle de l'offre présentée par la société Eminox calculé à partir des « coûts minimums et de la durée de vie des composants du marché » ; que, cependant, les pièces versées aux débats par la société requérante ne permettant pas de justifier que les coûts et les durées retenus pour procéder à ce nouveau chiffrage correspondent à ceux pratiqués sur le marché de la maintenance des pots catalytiques, ce chiffrage ne peut qu'être écarté ; que la circonstance que le montant de la tranche conditionnelle de l'offre de la société retenue est sensiblement inférieur à celui proposé par la société requérante ne peut, à elle seule, faire regarder l'offre de la société Eminox dans son ensemble comme anormalement basse, et ne révèle pas une erreur manifeste dans l'appréciation de cette offre par la régie des transports de Marseille. »

Une telle solution nous paraît relever du bon sens tant l'intérêt économique d'une offre ne peut être appréhendé qu'à travers toutes ses composantes, donc de manière globale, et non par le biais d'une analyse partielle de certains détails de prix qui ne saurait, à l'évidence, rendre compte de son équilibre général.
Est-ce à dire que les acheteurs publics devraient se priver de la possibilité, quand ils en disposent, de confirmer le caractère supposé anormalement bas d'une offre par la démonstration d'une sous-estimation d'un ou de plusieurs postes de prix ? Autrement posé, si l'analyse de certaines composantes spécifiques d'une offre ne peut se substituer à une analyse plus globale de cette dernière, peut-elle néanmoins la compléter pour confirmer une suspicion d'offre anormalement basse ?

B) L'analyse globale complétée par une analyse de certaines composantes de l'offre

Le Tribunal administratif de Lyon vient de répondre à cette question par la positive à l'occasion d'un recours en contestation de la validité d'un marché public de travaux lancé par la communauté urbaine de Lyon. Rendue sur conclusions contraires du rapporteur public, la décision[21] des juges du fond, particulièrement motivée, retient ainsi que :

> « Considérant, en quatrième lieu, qu'en tenant compte, pour identifier les offre suspectes, de leur écart avec l'estimation raisonnable fixée par ses services et la moyenne des offres proposées par les autres candidats, puis pour apprécier la pertinence des explications fournies par la société, des éléments tirés des prix proposés par l'offre en litige appréciés eu égard aux caractéristiques du marché, le pouvoir adjudicateur a procédé à une analyse globale sans remettre en cause les capacités techniques d'exécution du soumissionnaire et n'a commis aucune erreur de droit dans la méthode d'identification de l'offre anormalement basse qu'il a mise en œuvre.
> Considérant, en cinquième lieu, qu'il résulte de l'instruction que le pouvoir adjudicateur a retenu, pour suspecter que l'offre de la société requérante, d'un montant de 773 600 euros hors taxes présentait un caractère anormalement bas, que celle-ci était très largement inférieure à l'estimation fixée par ses services, d'un montant de 1 750 000 euros hors taxes, soit 26 % d'écart ; que la société requérante ne démontre pas que l'estimation réalisée par le pouvoir adjudicateur n'est pas raisonnable dès lors que celle-ci se fonde sur l'audit des déchets établi en 2001 ainsi qu'une évaluation du coût faite en 2008 par la société CEBTP Démolition, et qu'elle tient compte de l'évolution du projet compte tenu de la démolition effective de trois bâtiments et l'exclusion de deux autres bâtiments avant le lancement de la procédure de passation ; que la COURLY ne s'est, en tout état de cause, pas fondée sur ce seul motif pour justifier le caractère anormalement bas de l'offre de la société requérante ; que la commission d'appel d'offres a en effet retenu une sous-estimation du poste B1 « enlèvement des encombrants » en raison de l'insuffisance du personnel affecté sur la durée programmée ; que la société requérante n'établit pas qu'en considérant que l'évacuation d'environ 20 tonnes de déchets par jour et par personne n'était pas raisonnable dans les condition d'exécution prévues, la commission a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que ce poste de prix avait été sous-estimé ; qu'il en est de même s'agissant du poste B4 « valorisation des déchets dangereux » dès lors que les devis obtenus par la COURLY auprès des entreprises spécialisées attestent que le prix moyen de revente des métaux est au mieux de 60 euros et non 140 euros prévus par la société qui se borne à faire valoir des considérations générales sur le cours des métaux ; que la société ne conteste en outre pas que le poste B5 ne tient pas compte du coût de recyclage de certains métaux à déduire du produit de leur vente, mais tient compte du poste B4 précité, lui-même sous estimé ; que s'agissant du poste B7 « évacuation des vestiges », la société requérante n'établit pas que la commission a manifestement entaché d'erreur l'appréciation à laquelle elle s'est livrée en la considérant « très largement sous-estimé » dès lors que celle-ci retient l'insuffisance du personnel affecté et la prise en compte d'une partie du poste B5 qui est lui sous-estimé ; que s'agissant du concassage, la commission a retenu que le rendement de 800 tonnes par jour n'était pas raisonnable dans les conditions du chantier et que le coût de 2,20 euros est sous-évalué eu égard aux devis obtenus par les entreprises du secteur ; que la société, qui a indiqué

(19) *TA Marseille 1er avril 2010, prec.*
(20) *TA Marseille 13 mars 2012, prec.*
(21) *TA Lyon 8 mars 2012, prec.*

elle-même dans ses explications qu'elle pouvait mobiliser un concasseur de 800 tonnes et non deux de 1200 tonnes, n'établit pas, par les considérations générales qu'elle fait valoir, que l'appréciation de la commission est entachée d'erreur manifeste d'appréciation ; qu'enfin, la société requérante ne conteste pas que les réponses imprécises ou contradictoires s'agissant des postes D4, D5 et C2 n'ont pas permis d'établir que les prix proposés n'étaient pas anormalement bas. »

Il est ici intéressant de relever :

- d'une part, que le cadre limitatif du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation n'empêche pas le juge du fond d'entrer dans l'analyse du raisonnement et des motifs suivis par la collectivité pour rejeter une offre comme anormalement basse ;
- d'autre part, que le juge du fond s'est fondé, pour admettre le bien-fondé de l'analyse de la collectivité :

– d'abord sur le constat d'une analyse préalable de l'offre dans son ensemble, au regard de l'estimation prévisionnelle du marché et de la moyenne des prix proposés par les autres candidats ;
– ensuite sur l'observation du caractère « raisonnable » de l'estimation prévisionnelle effectuée par le pouvoir adjudicateur[22] ;
– enfin « et en tout état de cause », sur la confirmation du caractère effectivement anormalement bas de l'offre en litige par l'analyse précise de plusieurs postes de prix manifestement sous-estimés par la société requérante.

La décision de la collectivité a donc pu à la fois s'inscrire dans une logique d'analyse globale de l'offre suspectée d'être anormalement basse, et être à ce titre considérée comme régulière par le juge du fond, tout en se fondant sur une analyse complémentaire de certains détails de prix, ce qui, sans entacher sa décision d'irrégularité, lui a, au contraire, permis de confirmer le caractère économiquement irréaliste de l'offre en litige.

Incidemment, la décision du Tribunal administratif de Lyon vient rappeler aux acheteurs publics qu'il leur est fortement conseillé de cumuler plusieurs méthodes afin de détecter parmi les offres présentées celles qui peuvent rentrer dans le champ de l'article 55 du code des marchés publics.

Conclusion

Deux enseignements nous semblent pouvoir être retirés des décisions ci-avant commentées :

1. si l'analyse par postes de prix d'une offre suspectée d'être anormalement basse ne peut se substituer à une analyse globale de cette offre, elle peut néanmoins utilement la compléter ;
2. confrontés à une offre suspectée d'être anormalement basse, les pouvoirs adjudicateurs auront intérêt, afin de sécuriser au mieux la procédure de passation ou le marché conclu à sa suite, à opérer un travail d'analyse approfondi en s'intéressant à la fois aux caractéristiques extrinsèques et intrinsèques de l'offre, car plus qu'une méthode de détection en particulier, c'est surtout de la pertinence et du caractère ou non exhaustif de l'analyse réalisée que dépendra l'issue d'un éventuel contentieux. ■

(22) En sens inverse, sur le caractère manifestement irréaliste d'une estimation prévisionnelle : voir TA Lille 19 mai 2011, prec.